

Id Cendoj: 28079120012009101349  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 10739/2009  
Nº de Resolución: 1327/2009  
Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO  
Ponente: PERFECTO AGUSTIN ANDRES IBAÑEZ  
Tipo de Resolución: Sentencia

**Resumen:**

Allanamiento de morada. Robo.

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a treinta de Diciembre de dos mil nueve

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto por Santos contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Primera, de fecha 30 de marzo de 2009. Han intervenido el Ministerio Fiscal y el recurrente Santos , representado por la procuradora Sra. Arnés Bueno. Ha sido ponente el magistrado Perfecto Andres Ibañez.

## **I. ANTECEDENTES**

1.- El Juzgado de instrucción número 13 de Valencia instruyó procedimiento abreviado número 141/2008, por delitos de robo, allanamiento y detención ilegal contra Santos , Ambrosio , Emilio y Juan y, abierto el juicio oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia cuya Sección Primera dictó sentencia en fecha 30 de marzo de 2009 con los siguientes hechos probados: *"El acusado Santos , mayor de edad, sin antecedentes penales, natural de Ecuador, en situación de residencia legal en España, a principios del mes de abril de 2008 se reunió en la ciudad de Valencia con los también acusados Ambrosio , Emilio y Juan , todos ellos mayores de edad, con antecedentes penales no computables el primero, ejecutoriamente condenado el segundo por un delito de robo con fuerza en las cosas a la pena de un año de prisión en virtud de sentencia firme de fecha 2 de marzo de 2001 , pena extinguida por prescripción por resolución de 7 de septiembre de 2006, y sin antecedentes penales el tercero, a quienes propuso que se dirigieran al domicilio de Juan Pedro sito en la CALLE000 nº NUM000 , puerta NUM001 , de Valencia e hicieran sobre el mismo la intimidación y violencia que fuera precisa a efectos de apoderarse de todo el dinero y objetos de valor que hubiera en la vivienda.- El acusado Santos , para lograr su objetivo y obtener un beneficio económico, manifestó a los otros acusados que en el año 2006 Juan Pedro le había estafado una importante cantidad de dinero, en concreto 70.000 euros, por el procedimiento de los billetes tintados y prometió recompensarles con una cantidad de dinero cuya cuantía exacta no consta.- Los otros tres acusados llamaron por error al nº NUM002 abriendo la puerta su morador, Jeronimo , entablándose una conversación que se desarrolló en términos no concretados, el cual acompañó seguidamente a los acusados a la vivienda nº NUM001 a cuya puerta llamaron. Inmediatamente abrió Juan Pedro que se vio sorprendido al comprobar que junto al vecino se encontraban los acusados, que se identificaron como agentes de la Guardia Civil mediante la rápida exhibición de placa o emblemas cuyas características se ignoran, accediendo al domicilio al tiempo que le manifestaban que estaba detenido, obligando igualmente a permanecer en el interior de la vivienda a Jeronimo .- Una vez dentro los acusados procedieron a apuntar con una pistola de características no comprobadas de color negro a Juan Pedro y a engrilletarlo al tiempo que le manifestaban que estaba detenido como consecuencia de la denuncia contra él interpuesta por un ciudadano ecuatoriano de nombre Santos , comenzando entonces a propinarle varias bofetadas y a preguntarle por el lugar en el que guardaba el dinero.- Mientras uno de los acusados custodiaba a Juan Pedro y a Jeronimo para impedir su huida los otros dos comenzaron a registrar la vivienda.- Durante el tiempo que duró el registro llegó a la vivienda María Angeles acompañada de su hija de cuatro años de edad ante quienes los acusados se identificaron igualmente como agentes de la autoridad y obligaron a quedarse en la vivienda y permanecer junto a la niña dentro del domicilio. Igualmente durante el desarrollo de los hechos accedió a la vivienda otro vecino de la puerta NUM002 , Dimas en compañía de otra persona,*

quien por los mismo métodos descritos, fueron obligados en los mismos términos.- Durante este tiempo los acusados llamaron por teléfono a Santos a fin de asegurarse que se encontraban en el lugar y con la persona a la que según el encargo tenían que arrebatar el dinero que tuviera.- Al cabo de un tiempo no determinado, pero en ningún caso superior a una hora, después de practicado el registro y apoderarse de dos ordenadores portátiles de las marcas Acer y Toshiba, dos pulseras y dos anillos de oro, una cámara fotográfica de la marca JVC, tres teléfonos de la marca Nokia y otros dos de la marca motorola, un GPS de la marca Panasonic, varias tarjetas bancarias, las llaves del vehículo de su propiedad marca Lexus con matrícula H .... EH , dos relojes de la marca Lotus, otro de la marca Tommy Hilfiger, otro de la marca Seiko, un reloj oficial del Real Madrid y otro de la marca Primo Emporio Cronograph así como de la cantidad de 1.475 euros en efectivo, abandonando el domicilio.- Los cuatro acusados con anterioridad al inicio del juicio entregaron a Juan Pedro 1.500 euros, habiendo quedado resarcido, sin nada que reclamar en esta causa.- Los acusados Ambrosio , Emilio se encuentran privados de libertad por razón de esta causa desde el 21 de abril de 2008 y el acusado Juan lo está desde el 9 de mayo del siguiente. Santos está privado de libertad en este procedimiento desde el 22 de abril de 2008."

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "Condenamos a los acusados Santos , Ambrosio , Emilio y Juan como criminalmente responsables en concepto de autores de un delito de allanamiento de morada en concurso medial con un delito de robo con violencia e intimidación.- Concurren en todos los acusados en el delito de robo la atenuante de reparación del daño y en el acusado Emilio la agravante de reincidencia.- Se les impone por tal motivo a los acusados Santos , Ambrosio y Juan la pena, a cada uno de ellos, de cuatro años de prisión y accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo por igual tiempo y al acusado Emilio la pena de cuatro años y tres meses de prisión y accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo por igual tiempo.- Se les impone a cada uno el pago de las costas procesales proporcionales.- Se absuelve a los acusados Santos , Ambrosio , Emilio y Juan de los seis delitos de detención ilegal y a los acusados Ambrosio , Emilio y Juan de un delito de allanamiento de morada en concurso medial con un delito de robo con violencia e intimidación, declarando de oficio las costas correspondientes.- Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad y responsabilidad personal subsidiaria que se impone abonamos al acusado todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa si no lo tuvieran absorbido por otras."

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el condenado Santos que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- La representación del recurrente basa su recurso de casación en los siguientes motivos: Primero. Al amparo del artículo 851.1º Lecrim por quebrantamiento de forma por contradicción entre los hechos probados, falta de claridad y omisión de hechos que resultan esenciales para la defensa.- Segundo (designado como motivo tercero). Al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.2º Lecrim por error de hecho en la apreciación de la prueba, basado en documentos obrantes en autos que demuestran el error del juzgador.- Tercero (nombrado como cuarto). Al amparo del artículo 852 Lecrim, por infracción del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24 CE en relación con el artículo 5.4 LOPJ.- Cuarto (nombrado como quinto ). Al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1º Lecrim, por infracción de los artículos 28. 2 a), 202.1 y 241.1 y 123 Cpenal y 240 Lecrim.

5.- Instruido el Ministerio fiscal del recurso interpuesto se ha opuesto al mismo; la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 17 de diciembre de 2009.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

*Primero* . Lo denunciado, por el cauce del art. 851,1º Lecrim, es quebrantamiento de forma por la contradicción manifiesta entre algunos de los hechos declarados probados, como la reunión entre los condenados, la propuesta, la recompensa, la presencia del recurrente en las proximidades del lugar de los hechos. Se dice también que la redacción de éstos no es clara y terminante.

El denunciado en primer lugar es un vicio de redacción de la sentencia que afecta a los hechos probados, *como tales* , esto es, a la descripción de una acción o segmento de ella penalmente relevante por ser subsumible en un precepto legal. Y se produce cuando entre algunos de los enunciados nucleares utilizados al efecto se aprecie un antagonismo de tal calidad que determine la inconsistencia esencial del relato. Es decir, que en éste se sostenga como cierto algo que, a la vez, se esté afirmando que es falso, con

quebrantamiento de esa ley fundamental del pensamiento lógico que es el principio de no contradicción. Este criterio interpretativo del motivo de referencia tiene expresión en multitud de sentencias de esta sala, sobradamente conocidas.

Pues bien, el propio tenor del motivo que se examina pone claramente de manifiesto que lo que se reprocha al tribunal de instancia redactor de la resolución impugnada no tiene nada que ver con el vicio de forma al que se refiere el enunciado.

En efecto, pues en un caso la objeción es de ausencia de ciertos datos al localizar la reunión a que se alude en el primer párrafo del relato. En otro se habla de "contradicción con la realidad", porque faltaría el conocimiento entre el que recurre y dos de los otros implicados. En el tercero la deficiencia a la que se alude es también relativa al fundamento probatorio de alguna afirmación sobre lo sucedido. Y, en fin, se niega la existencia de un encargo de ejecutar la acción motivadora de la condena y la presencia de Santos en las proximidades del domicilio de Juan Pedro .

Por tanto, como es de ver, las cuestiones suscitadas guardan más bien relación con el tratamiento del material probatorio, pero no evidencian la menor falta de consistencia de la narración de la sala. Y, siendo así, sólo cabe concluir que no existe el quebrantamiento de forma que se predica y que el modo de operar del tribunal de instancia en ese otro plano será examinado al estudiar el cuarto motivo, referido a la presunción de inocencia.

*Segundo* . Bajo el ordinal tercero -tras haber renunciado a formalizar el anunciado como motivo segundo- se ha alegado error en la apreciación de la prueba basado en documentos que evidenciarían la equivocación del juzgador (*art. 849,2º Lecrim*). Como documento se señala la factura de teléfono aportada por Santos , que, supuestamente, acreditaría que éste no recibió ninguna llamada telefónica de las que se habla en la sentencia, el día de los hechos.

Como es bien sabido, pues existe abundante y conocida jurisprudencia de esta sala, la previsión del *art. 849,2º Lecrim* tiene por objeto hacer posible la impugnación de sentencias en las que un extremo relevante del relato de hechos se halle en manifiesta contradicción con el contenido informativo de algún documento, que no hubiera sido desmentido por otro medio probatorio. Donde "documento" es, en general, una representación gráfica del pensamiento formada fuera de la causa y aportada a ésta a fin de acreditar algún dato relevante. Así pues, para que un motivo de esta clase pueda prosperar será necesario acreditar la existencia de una patente contradicción entre unos y otros enunciados, tan clara, que hiciera evidente la arbitrariedad de la decisión del tribunal al haberse separado sin fundamento del resultado de la prueba.

Siendo así, hay que decir que la objeción carece asimismo de fundamento, puesto que de esa factura no se sigue en absoluto la imposibilidad de que el recurrente hubiera recibido llamadas en cualquier otro número de teléfono ajeno a la misma, como, por ejemplo, tiene razón el Fiscal, de los llamados de prepago, de uso tan común.

Por tanto, del contenido del documento invocado no se sigue, y menos necesariamente, el error del tribunal. Y el motivo no puede acogerse.

*Tercero* . Por el cauce de los *arts. 5,4 LOPJ y 852 Lecrim* se ha denunciado vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia, con el argumento de que no se aportó prueba de cargo suficiente para fundar la condena. En apoyo del motivo se recogen algunas consideraciones jurisprudenciales relativas al segundo derecho fundamental citado, al valor de las declaraciones de coimputados y del denunciante perjudicado y sobre el modo de proceder en la prueba de indicios. Luego se señalan tres circunstancias que tendrían que haber sido valoradas: que Juan Pedro sólo vierte sospechas sobre Santos , pero no aporta prueba alguna objetiva; que la única testigo, cuñada de aquél, declara no conocer al segundo y que nadie lo nombró durante el tiempo que estuvo retenida; y que entre Juan Pedro y Santos existe un procedimiento judicial previo, en el que Juan Pedro fue el denunciado.

Más en concreto, se afirma que los acusados Juan y Emilio no conocen a Santos y que si acudieron al domicilio de Juan Pedro fue por mediación de Ambrosio , que, a su vez, dice haber conocido a Santos sólo la noche anterior. De este modo, el único que le conocía era Ambrosio , que mantuvo diversas versiones. Se dice también que no hay base para hablar del acuerdo sobre una recompensa, de cuyo importe, además, no se dio ningún dato. En cuanto a las llamadas telefónicas, los coacusados no hicieron alusión a ellas ante la policía ni en la instrucción; si había esa comunicación telefónica no se entiende por qué no fue utilizada ante la duda sobre la puerta a la que había que llamar; no hay precisión sobre quién habría hecho las llamadas; ni consta donde estaba la persona que las recibiera.

No se entiende por qué tras abandonar el inmueble los otros inculpados no trataron de localizar a Santos para pedirle explicaciones o darle algo de lo sustraído.

La sala de instancia funda la condena del que recurre: en que fue señalado por los otros tres implicados, y no hay motivo para dudar de su versión, pues no sacarían nada de esa actitud; en que se realizaron llamadas dirigidas a verificar si Juan Pedro era la persona que había estafado a Santos y a quien tenían que quitar el dinero (del que esperaban recibir algo como compensación) y también para verificar si María Angeles era la esposa de Juan Pedro, una información que sólo Santos podía proporcionar, pues ninguno de los otros tres conocía a la víctima; además, entre ésta y Santos había, en efecto, diferencias. En fin, se señala que durante la acción quienes la ejecutaban dijeron a Juan Pedro que le había denunciado un ecuatoriano llamado Santos.

De las declaraciones producidas en el juicio resulta que, en efecto, los tres ejecutores materiales fueron coincidentes al denunciar a Santos como autor del encargo. Y éste admite haberles hablado de que le habían estafado con billetes tintados y del individuo que lo hizo, al que conocía, así como su domicilio, admitiendo también que el asunto despertó interés en sus interlocutores. Cuando resulta que éstos llevaron a cabo la acción descrita en los hechos, precisamente sobre Juan Pedro, al que sólo conocerían, es claro, por Santos y por lo que el mismo les dijo.

De otra parte, Juan Pedro explicó a la sala que los tres individuos que entraron en su domicilio hablaron allí de que él tenía una deuda con Santos; y dijo también que hicieron las llamadas telefónicas de las que se da cuenta en la sentencia, de las que, en efecto, se desprende que necesitaron y seguían instrucciones. A estas llamadas y en similar sentido se refirió María Angeles.

El principio de presunción de inocencia da derecho a no ser condenado sin prueba de cargo válida, que -salvo los casos excepcionales constitucionalmente admitidos- es la obtenida en el juicio, que haya sido racional y explícitamente valorada, de forma motivada, en la sentencia, y se refiera a los elementos nucleares del delito (por todas, STC 17/2002, de 28 de enero y STS 213/2002, de 14 de febrero). Por otra parte, cuando se trata de la prueba habitualmente denotada como indiciaria, para que resulte atendible la conclusión incriminatoria, según jurisprudencia asimismo muy conocida (por todas, STC de 21 de mayo de 1994 y STS de 2 de febrero de 1998) es preciso que los hechos indicadores o hechos-base sean varios, estén bien probatoriamente acreditados, mediante prueba de la llamada directa, y viertan sobre el hecho principal u objeto de imputación; y que la inferencia que, realizada a partir de aquéllos conduce a este último, sea racional, fundada en máximas de experiencia fiables, y cuente con motivación suficiente.

Se trata de ver si la Audiencia ha tratado el material probatorio ateniéndose a este canon jurisprudencial. También si, teniendo en cuenta la calidad de coimputados de los tres ejecutores materiales que señalan a Santos como autor, puede decirse que sus manifestaciones cuentan con elementos de corroboración procedentes de otras fuentes de prueba.

Pues bien, según se ha visto, los tres condenados que no han recurrido son esencialmente contestes en el señalamiento de Santos como la persona que les indicó a Juan Pedro, y que les facilitó los datos precisos para su localización. También hablaron de haber realizado llamadas durante el desarrollo de la acción criminal. Lo primero guarda plena correspondencia, precisamente, con lo que contó Santos que había dicho a algunas personas acerca de Juan Pedro, matizando que despertó su interés. Y coincide, además, con lo dicho por Juan Pedro que le comentaron a él quienes invadieron su casa. Por otra parte, existe asimismo plena coincidencia en lo relativo a la realización y la razón de ser de las llamadas de aquéllos, y entre lo que ellos mismos dijeron y lo visto y escuchado por Juan Pedro y su esposa. Y, tiene razón la sala: de todo se sigue con el necesario rigor inductivo la intervención de Santos, señalado por lo que dicen todos los testigos en coherencia con lo que él mismo admite.

Por tanto, lo cierto es que existió prueba de cargo bastante, bien obtenida y que la procedente de los coimputados, de los que en principio sería razonable dudar, tuvo corroboración suficiente en las manifestaciones de los perjudicados. Ciertamente que el recurrente ha tratado de sembrar dudas sobre la actitud de Juan Pedro, pero no hay nada que permita pensar que tanto éste como los tres ejecutores materiales mintieron, de forma tan coherente en lo esencial, y todos con el solo objeto de perjudicar a Santos.

Por todo, hay que concluir que ninguno de los derechos fundamentales a que se refiere el enunciado del motivo se ha visto afectado, y que por eso no puede acogerse.

*Cuarto.* Bajo el ordinal sexto, al amparo del art. 849, 1º Lecrim se ha alegado infracción de los arts. 28, 2 a) en relación con los arts. 202, 1 y 242, 1, todos del Código Penal. También se objeta la condena en

costas al recurrente, como vulneración de los arts. 123 Cpenal y 240 Lecrim.

En cuanto a la primero, el argumento es que no concurren los elementos típicos de la inducción como forma de coautoría, porque el mero comentario en una conversación informal, que dijo Santos que tuvo con los otros tres implicados nunca sería bastante para determinar a la ejecución de un delito. Luego se extiende en algunas consideraciones por las que no se considera creíble la testifical de cargo.

Hay que recordar que el motivo suscitado es de infracción de ley y, por eso, sólo apto para servir de cauce a la denuncia de posibles defectos de subsunción de los hechos probados tal y como aparecen descritos en la sentencia impugnada.

Pues bien, siendo así, todas las consideraciones relativas al tratamiento del material probatorio están fuera de lugar y no pueden ser atendidas.

Por tanto, se trata sólo de ver si lo que la sala considera realmente acontecido tiene o no encaje en las previsiones de los primeros preceptos citados. Y lo cierto es que en la sentencia describe la existencia de la propuesta por parte de Santos a los otros tres implicados, de realizar la acción consistente en acudir armados a la casa de Juan Pedro para apoderarse de alguna cantidad de dinero, propuesta que fue aceptada, pues sus destinatarios actuaron seguidamente de acuerdo con ella. Es, pues, claro que operando de este modo Santos generó y alimentó un propósito concreto de delinquir en sus interlocutores, que efectivamente llevaron a cabo la acción criminal en cuya realización él tenía interés. Se dio, por tanto, una incitación a delinquir concreta y eficiente, como se desprende del ulterior comportamiento de los mismos y en consecuencia, en la acción de que se trata concurren todas las exigencias del tipo penal aplicado, según reiterada jurisprudencia de esta sala (por todas, STS 442/227, de 4 de mayo ). Y en este aspecto tiene que desestimarse el motivo.

En lo relativo a las costas, se objeta que no fueron instadas por el Fiscal y que no deberían imponerse, dada la diferencia entre lo solicitado por el Fiscal y la condena; citando al respecto alguna jurisprudencia referida a la acusación particular.

Pues bien, basta decir que en este caso no ha existido acusación particular y que el art. 123 Cpenal que se dice infringido prescribe que las costas se imponen por ministerio de la *ley al que resulte condenado*. Es claro, por tanto, que la segunda objeción es totalmente gratuita y, como tal, debe ser rechazada.

### III. FALLO

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación de Santos contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Primera, de fecha 30 de marzo de 2009 dictada en la causa seguida por delito de allanamiento de morada y robo y condenamos al recurrente al pago de las costas causadas.

Comuníquese esta sentencia a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de los antecedentes remitidos a esta sala para la resolución del recurso, solicítese acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION** .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Perfecto Andres Ibañez , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.